

EINIGE ASPEKTE DES VERHÄLTNISSES DER VERGLEICHENDEN RECHTSGESCHICHTE ZUM RÖMISCHEN RECHT

von

GÁBOR HAMZA

Universitätsprofessor, Budapest

1. Die letzten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts stellen die „Blütezeit“ der auf immer mehr Autonomie und Selbstständigkeit drängenden sog. vergleichenden Rechtswissenschaft dar. Auf dieses Zeitalter fällt die Gründung der den Ansprüchen sowie Anforderungen dieser neuen Wissenschaft Rechnung tragenden Fachzeitschriften — wie *Bulletin de la Société de Législation Comparée* (1872) in Frankreich, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (1878) in Deutschland und *Journal of Comparative Law* (1896) in den Vereinigten Staaten. Der Grundgedanke, der zur Gründung dieser Zeitschriften führte, trägt aber keineswegs einen einheitlichen Charakter. Der Historismus, die historische Betrachtungsweise tritt fast ausschliesslich in den in der *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* veröffentlichten Abhandlungen zum Vorschein. Im Hinblick darauf kommen die Werke vor allem von denjenigen Autoren bei dieser kurzen Analyse in Betracht, die Mitarbeiter dieser, von Kohler, Cohn und Bernhöft gegründeten Zeitschrift waren.

Die Grenzen zwischen der Rechtsgeschichte und der Rechtsvergleichung sind im letzten Drittel des vergangenen Jahrhunderts noch verwischt. Mit Rücksicht darauf, daß diese zwei Richtungen, bzw. Betrachtungsweisen der Rechtswissenschaft kaum voneinander abzugrenzen sind, scheint es zweckmässig, sogar gewissermaßen notwendig zu sein, im Bereich dieser Untersuchung weder die Begriffe „Rechtsvergleichung“ noch „allgemeine Rechtsgeschichte“ oder „Rechtsgeschichte“ anzuwenden. Vielmehr ist gerechtfertigt, den terminus technicus „vergleichende Rechtsgeschichte“, der sowohl den rechtsvergleichenden als auch den rechtsgeschichtlichen Aspekten dieser Richtung Rechnung trägt, zu verwenden. Dabei ist aber auch auf einen geschichtlichen Überblick über die vergleichende-historische Betrachtungsweise, deren ersten Spuren man schon in manchen, im Laufe des 16. Jahrhunderts entstandenen Werken begegnet, nicht zu verzichten. Es ist nicht außer Acht zu lassen, daß das Verhältnis der vergleichenden Rechtsgeschichte — es wird also weiterhin dieser Ausdruck verwendet — zum römischen Recht im wesentlichen durch die jahrhundertelang dauernde Entwicklung der vergleichenden-historischen

Denkweise beeinflußt wird, sodaß ein solcher, wenn auch notwendigerweise oberflächlicher Überblick keineswegs überflüssig zu sein scheint.

2. Bezüglich des Verhältnisses der vergleichenden Rechtsgeschichte zum römischen Recht stellt sich schon in der ersten Phase der Untersuchung eine Frage *terminologischer* Natur. Problematisch ist nämlich, was man eigentlich unter dem Begriff „vergleichende Rechtsgeschichte“ zu verstehen hat. Dieser Terminus scheint eben in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts einen recht vagen Charakter gehabt zu haben. Dies läßt sich nicht zuletzt darauf zurückführen, daß die – mit gewisser Übertreibung – „allmächtig“ gewordene vergleichende Rechtswissenschaft immer mehr in den Vordergrund tritt. In diesem Aspekt ist die sich bald aufdrängende Frage von Belang, ob die Rechtsgeschichte und die vergleichende Rechtswissenschaft überhaupt voneinander abgegrenzt werden könnten. Bekker wies schon in den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts darauf hin, daß eine Grenzregulierung bzw. Grenzziehung zwischen Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung äußerst wünschenswert wäre.¹ Er selbst ist aber der Ansicht, daß sich beide in vielfacher Hinsicht berühren, sodaß die Trennung überhaupt nicht einfach und unproblematisch ist.

Unter dem Begriff „vergleichende Rechtswissenschaft“ versteht man in dieser Epoche häufig sowas, was mit der Rechtsvergleichung im eigentlichen Sinne kaum etwas zu tun hat.² Untersuchungen über griechisches, indisches oder keltisches Recht sind – um nur an einigen Beispielen dieses Problem zu veranschaulichen – in der Tat Analysen rechtsgeschichtlicher Art, jedoch werden sie ganz regelmäßig dem Kompetenzbereich der Rechtsvergleichung zugeordnet. Die Verflechtung der Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung führt dazu, daß bei den Vertretern der vergleichenden Rechtswissenschaft in Deutschland die historische Denkweise schon von Anbeginn eine *wichtige, sogar ausschlaggebende* Rolle einnimmt. Um die Rolle bzw. Bedeutung oder Reichweite des Historismus, der historischen Denkform im Bereich der Rechtsvergleichung richtig einschätzen zu können, bedarf es eines kurzen Überblicks über die Entwicklung der vergleichenden-historischen Betrachtungsweise in den früheren Etappen der europäischen Rechtswissenschaft.

3. An das zunehmende allgemeine Interesse für die Antike im Laufe des 14. und 15. Jahrhunderts knüpft der Anspruch auf die Erhellung und Erforschung der Beziehungen des römischen Rechts zu den antiken Rechten des Mediterraneums in den Werken der Vertreter der Humanistischen Jurisprudenz an.³ Diese neuartige Forschungsmethode bzw. auf einer erweiterten Basis beruhende Sichtweise, die sich nicht zuletzt durch die Vermittlung der Werke der Kanonisten entwickelt, bildet die Grundlage dafür, daß das römische Recht gewissermaßen – jedenfalls für eine Zeitlang – seine früher absolute Autorität einbüßt und in mancher Hinsicht sogar sozusagen „dethronisiert“ wird. Im berühmten Werk – *Antitribonianus sive dissertatio de studio legum* (1574) – von François Hotman, den Wieacker⁴ als „nationalpolitisch engagierten Kritiker des justinianischen Rechts“ bezeichnet, wird das justinianische römische Recht einer übermäßigen scharfen Kritik unterzogen.⁵ Die Abnahme der

Autorität des römischen Rechts hat dann gegen Mitte des 17. Jahrhunderts zur Folge, daß Hermann Conring in seiner Schrift — *De origine juris Germanici* (1643) — sogar die Rechtfertigung und Legitimität der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland in Frage stellt.⁶

Die grundgelende Konzeption des Naturrechts, die voraussetzt, daß ein „*ius commune*“ aller Völker, welches von jedem positiven Recht unabhängig ist, existiert, treibt grundsätzlich — jedenfalls in theoretischer Hinsicht — die Forschungen rechtsvergleichender Art voran. Diese Forschungen beschränken sich nicht auf das mehr oder weniger profane Material des Alten- und des Neuen Testaments, sondern erstrecken sich unter anderem auch auf die Analyse der Einwirkungen des antiken griechischen Rechts auf das römische Recht. In einigen Arbeiten ist sogar die Behandlung der Beziehungen des römischen Rechts zum altägyptischen Recht und die Erörterung des Verhältnisses des ersteren zum hebräischen Recht zu finden.⁷ In einer Schrift von Johann Gottlieb Heineccius — *De utilitate litterarum orientalium in jurisprudentia*⁸ — wird schon in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts die Frage nach dem Sinn und Nutzen von Forschungen rechtsvergleichender Natur gestellt. Heineccius befaßt sich in der Tat mit dem Problem der Assimilation, wobei er die Meinung vertritt, daß viele Elemente des hebräischen Rechts durch Vermittlung des altgriechischen Rechts Bestandteile des römischen Rechts wurden.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß für die Vertreter des *Usus modernus Pandectarum* im allgemeinen vielmehr die sog. *Derivatsfrage* in den Forschungen vergleichender Art von Belang ist,⁹ sodaß der Analogiesuche, die in den späteren Epochen so kennzeichnend für diese Forschungen wird, kaum Bedeutung eingeräumt wird. Für die Vertreter dieser schon unter dem Einfluß des Naturrechts stehenden Richtung ist weiterhin charakteristisch, daß für sie die Sätze des römischen Rechts den Dogmen, die über absolute Geltung verfügen, gleichstehen.

4. Die praktischen Zwecken dienende und auf Analogiesuche abgestellte Rechtsvergleichung, in deren Rahmen auch moderne Rechtssysteme miteinander verglichen werden, geht auf das Zeitalter des späten Vernunftrechts zurück. Johann Stephan Pütter,¹⁰ der in Halle Schüler von Heineccius und später in Göttingen Kollege von Gustav von Hugo¹¹ ist, befaßt sich in seinem im Jahre 1779 publizierten Werk *Beiträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrecht* mit dem Problem der Rechtsquellenlehre.¹² In diesem Werk konzipiert er die Idee der auf Vergleichung von mehreren Rechten beruhenden Rechtsanwendung.¹³ August Friedrich Schott, der im allgemeinen als „Verfechter“ der Lehren von Johann Stephan Pütter gilt,¹⁴ vertritt dieselbe Ansicht in seinem *Entwurf einer juristischen Encyclopedie und Methodologie zum Gebrauch akademischer Vorlesungen*.¹⁵

5. Diese Richtung wird aber bald durch die Historische Rechtsschule in den *Hintergrund* gedrängt. Die meisten Vertreter der Historischen Schule und vor allem Savigny selbst sind mehr oder weniger offene *Gegner* der rechtsvergleichenden Forschungen.¹⁶ Dies läßt sich wohl darauf zurückführen, daß der Kult des römischen Rechts bei den Vertretern

dieser Schule ein derartiges Ausmaß erreicht, daß dadurch — wie dies Del Vecchio zutreffend formuliert¹⁷ das „bewältigte“ Naturrecht ersetzt wird. Diese Einstellung der Mehrheit der Anhänger der Historischen Rechtsschule ist deswegen eigenartig, weil die Vorgänger dieser Schule, d.h. die Vertreter der naturrechtlich-vernunftrechtlichen Richtung, von der der „systematische Trieb“¹⁸ übernommen wird, und die Vertreter der Humanistischen Jurisprudenz, von der die *Quellenkritik* entlehnt wird, die Rechtsvergleichung grundsätzlich nicht negativ beurteilen.

Hervorzuheben ist aber, daß diese negative Einstellung auch bei manchen Vertretern der Historischen Schule auf Widerstand stößt. Dies ist der Fall z. B. bei Gustav von Hugo, der sich dieser negativen Einstellung nicht anschließt.¹⁹ Beachtung verdient in diesem Aspekt der Gesinnungswandel von Anselm Feuerbach. In seiner Landshuter Antrittsrede — *Über die Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft* (1804)²⁰ — bekennt er sich noch eindeutig zur Historischen Schule, sodaß es nicht dem Zufall zuzuschreiben ist, daß die Stellungnahme zur Anwendungsmöglichkeit der rechtsvergleichenden Forschungen unterbleibt. Mit den Problemen der Rechtsvergleichung befaßt er sich in seiner posthumen, erst nach seinem Tode von seinem Sohn Ludwig Feuerbach veröffentlichten Schrift — *Idee und Notwendigkeit einer Universaljurisprudenz*²¹ — auf eingehende Weise.²² Dieses wachsende Interesse für die Rechtsvergleichung ersetzt bei ihm die immer mehr in den Hintergrund tretende historische Betrachtungsweise. Eindeutigen Beweis liefert für seine kritische Stellungnahme der historischen Denkform gegenüber seine im Jahre 1816 veröffentlichte Schrift *Vorrede zu der Schrift des Bamberger Stadtgerichtsassessors Nepomuk Borst, über die Beweislast im Civilprozess*, die noch in demselben Jahr in Form eines selbstständigen Artikels — unter dem Titel *Einige Worte über die historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung* — publiziert wurde.²³

6. Die „triumphierende“ Historische Rechtsschule vermochte nicht in der Frage der grundsätzlichen Ablehnung der rechtsvergleichenden Forschungen ihren Standpunkt allenthalben zum Siege zu verhelfen. Bunsen veröffentlicht z. B. schon im Jahre 1813 sein *De Iure hereditario Atheniensium* betiteltes Buch, in dem das Verhältnis — im Bereich des Erbrechts — des römischen Rechts zum Recht der Indoeuropäer und selbstverständlich auch zum altgriechischen Recht einer eingehenden Analyse unterzogen wird.²⁴ Der Autor vertritt dabei die These, daß das Erbrecht in Indien, in Athen und in Rom im wesentlichen auf denselben Grundlagen beruht („sic igitur hoc ex omnibus perspicuum eandem fuisse apud Indos, Athenienses Romanosque juris hereditarii rationem...“).²⁵

Rechte von mehreren Völkern werden auch im großangelegten Werk — *Der Inbegriff der Rechtswissenschaft oder Juristische Encyclopedie und Methodologie* (1846) — von Karl Theodor Pütter,²⁶ der sich zur Historischen Rechtsschule bekennt, verglichen. Pütter stellt in diesem, im wesentlichen auf den Ideen der Hegelschen Philosophie beruhenden Werk²⁷ die Entwicklung bzw. die Entwicklungslinie des Rechtes und des Staates dar.

Er untersucht diese Entwicklung vom „Urrecht“ und „Naturstaat“ durch das „menschliche Recht“ und den „Freistaat“ bis zum „christlichen Recht“ und „freien Staat“. Der Autor vertritt die Ansicht, daß „die vollständige Entwicklung des Rechts“ nur „in der *allgemeinen Weltgeschichte*“ gesucht und gefunden werden kann.²⁸ Seiner Meinung nach bieten das römische Recht und das deutsche Recht „keine vollständige Entwicklung des Rechtes“.²⁹ Daraus erklärt es sich, daß sich die Encyclopedie nicht auf die römische und deutsche Rechtsgeschichte beschränken kann. Bei Karl Theodor Pütter genießen alle Rechte eine sog. *Gleichberechtigung*, sodaß weder dem römischen Recht noch dem deutschen Recht eine *primäre* Bedeutung zuerkannt wird. Er behauptet, daß die Rechte der weltgeschichtlichen Völker „je entlegener und fremder sie uns sind, desto vollständiger dargestellt werden“³⁰ müssen. Dieses Buch von Pütter durchzieht also die Idee der Universalrechtsgeschichte im Sinne von Anselm Feuerbach.

Für diese frühen Werke der Universalrechtsgeschichte, wobei auch das umfangreiche Werk von Eduard Gans — *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Betrachtung* (1824) — Erwähnung verdient, ist kennzeichnend, daß man in diesen die Voraussetzung der Rechtsvergleichung, die sog. *gemeinsame verbindliche Betrachtung* — wie dies Bekker zutreffend formuliert³¹ —, mit anderen Worten den Zweck, wofür die Rechte von verschiedenen Völkern untereinander verglichen werden, vermißt. Nebenbei sei noch bemerkt, daß dies manchmal auch für in späteren Epochen entstandene Werke, wie im Falle des Buches von Leist *Graeco-italische Rechtsgeschichte* (1884), bezeichnend ist, weil die verschiedenen Rechtsordnungen bzw. Rechtssätze bloß nebeneinander erörtert werden, ohne daß man dabei auf einen gewissen „vergleichenden“ Zusammenhang Bezug nimmt.

7. Der Anspruch auf eine bestimmte Vereinheitlichung der rechtsvergleichenden Forschungen, deren Quellen sowie theoretisch-philosophische Grundlagen früher unterschiedlich waren, zeigt sich bei den Vertretern der vergleichenden Rechtswissenschaft. Letzten Endes läßt sich sogar der Trieb zur Gründung einer *autonomen* vergleichenden Rechtswissenschaft auf diese Eigenart der rechtsvergleichenden Forschungen am Ende des 18. Jahrhunderts und in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts zurückführen. Der Anspruch auf Autonomie im Bereich der vergleichenden Rechtswissenschaft hat dann zur Folge, daß sich die vergleichende Rechtsgeschichte, die künftighin einen Bestandteil der ersteren bildet, ihren autonomen Charakter — jedenfalls im Laufe der letzten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts — einbüßt.

Kohler, einer der Begründer der vergleichenden Rechtswissenschaft, knüpft die „Geburtsstunde“ dieses neuen Zweiges der Rechtswissenschaft an das Erscheinen des Werkes von Bachofen, *Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über die Gynäkokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur* (1861) an.³² Es ist aber zu betonen, daß in diesem Werk die charakteristischen Züge bzw. Merkmale der vergleichenden Rechtswissenschaft noch nicht eindeutig sichtbar sind. Darin kommt die Konzeption der Universalrechtsgeschichte auch *nicht konsequent* zum

Ausdruck, obwohl dem römischen Recht schon keine zentrale Rolle mehr eingeräumt wird.

In dieser Epoche ist dieses grundlegende Buch von Bachofen das erste Werk, in dem das römische Recht seine *zentrale* Bedeutung einbüßt. Im Bereich der rechtsvergleichenden Forschungen wurde vor einigen Jahren dem römischen Recht noch eine primäre Rolle zuerkannt, wie dies z. B. das Buch von August Rossbach — *Untersuchungen über die römische Ehe* (1855) — eindeutig bezeugt.³³ Bei anderen Verfassern, deren Schriften am Anfang der 70er Jahre publiziert worden sind, — wie z. B. bei McLennan³⁴ und Giraud-Teulon³⁵ — sind die Betrachtungen nicht bloß auf die römisch-griechische Welt bzw. auf das römisch-griechische Gedankengut beschränkt, sondern in die Analyse werden Rechte auch anderer, auf einer noch primitiven, archaischen Kulturstufe stehenden Völker miteinbezogen.

8. Ab Erscheinen der Werke von Post³⁶ sind innerhalb der Universalrechtsgeschichte zwei, voneinander relativ gut abtrennbare Richtungen zu beobachten. In den Bereich der Universalrechtsgeschichte gehört einerseits die Erforschung der Rechte der Antike und andererseits die sog. ethnologische Jurisprudenz, deren bedeutendsten Hauptvertreter zweifelsohne Post ist. Die „ethnologische Jurisprudenz“ kann aber mit einem vielleicht korrekteren Ausdruck als „ethnologische Rechtsforschung“ bezeichnet werden.

Im Terrain der ethnologischen Rechtsforschung sind zwei Richtungen voneinander zu trennen. Die Anhänger der einen Richtung, zu denen Bastian,³⁷ Ratzel und früher auch Bernhöft zu zählen sind, vertreten die Ansicht, daß die Erforschung der Rechte der sog. nicht Kulturvölker jedweden Zwecks entbehrt und deswegen vom Bereich der ethnologischen Rechtsforschung auszuschließen ist. Die andere Richtung, deren Vertreter immer zahlreicher werden, und unter denen auch Kohler zu finden ist, hält es hingegen nicht für gerechtfertigt, die ethnologischen Rechtsforschungen ausschließlich auf den Bereich der sog. Geschichtsvölker zu beschränken.

Kennzeichnend ist für diese Konzeption der ethnologischen Rechtsforschung, daß diese grundsätzlich die Existenzberechtigung der „historischen Methode“ in Abrede stellt. Die verschiedenen Erscheinungsformen der Rechte von den verschiedenen Völkern werden nämlich — dies trifft in besonderem Maße für die Forschungen von Post zu³⁸ — bloß mit Rücksicht auf ihre Parallelzüge miteinander verglichen, sodaß dabei dem geschichtlichen Zusammenhang gar *keine* Bedeutung beigemessen wird. Der Grund für diese Einstellung wird wohl darin zu finden sein, daß wegen des Mangels an konkreten Daten die historische Entwicklung bei den primitiven Völkern schwer zu beweisen ist.³⁹ Mit Recht wird von Kohler⁴⁰ gegen die Auffassung von Post betont, daß die Erforschung des Rechts der allerprimitivsten Völker schon begrifflich *unmöglich* ist. Diesbezüglich sei darauf verwiesen, daß Kohler zu dem sog. „gemäßigten“ Flügel der ethnologischen Rechtsforschung gehört.

Diejenigen primitiven Völker, die sog. *Naturvölker*, deren Recht zu erforschen bezweckt wird, sollen schon eine gewisse Kulturstufe erreicht haben. Die Kategorie des sog. Kulturrechts spielt bei Kohler deswegen eine wichtige, in mancher Hinsicht sogar maßgebliche Rolle.⁴¹ Der Begriff „Kulturrecht“ ist bei ihm mit einem den Zielen der Kulturentwicklung angemessenen Recht gleichbedeutend. Dieses Kulturrecht, welches im wesentlichen eine *überstaatliche* Rechtsordnung darstellt, erinnert an eine Art „neues Naturrecht“, wie dies Adam⁴² zutreffend formuliert. An dieser, mit der Konzeption des Naturrechts wesensgleichen Auffassung von Kohler, ändert auch seine Ansicht nichts, daß dieses Kulturrecht kein „ewiges Recht aller Zeiten“ bezeichnet, sondern als „eine der Kultursphäre einer bestimmten Zeit und eines bestimmten Volkes entsprechende Summe von Rechtspostulaten“ anzusehen ist.⁴³

Aus dem Kohler'schen Kulturrechtsbegriff ergibt sich die Notwendigkeit der *Abtrennung* der Rechtsgeschichte von der vergleichenden Rechtswissenschaft. Angesichts dessen, daß auch das Recht eines *einzigsten* Volkes aus mehreren Kulturstufen besteht, gehört konsequenterweise die Erforschung dieser Kulturstufen in den Bereich der Rechtsgeschichte. Dieser Konzeption gemäß erstreckt sich das Terrain der vergleichenden Rechtswissenschaft auf die Erforschung der Rechtserscheinungen einerseits der asiatischen Völker und andererseits der noch nicht vollkommen zivilisierten Völker von Europa und Amerika. Darüber hinaus gehört noch in den Bereich der vergleichenden Rechtswissenschaft die Vergleichung der modernen Rechtsinstitute, Rechtseinrichtungen der modernen Kulturstaaten, die ihrem Wesen nach – wenn auch mit bestimmten Korrekturen – mit der vergleichenden Gesetzgebung, wie ungefähr die *législation comparée* in Frankreich, identisch ist.

9. In diesem Aspekt soll hervorgehoben werden, daß eine derartige Gliederung des Stoffes der vergleichenden Rechtswissenschaft in kraßem Gegensatz zu ihrem Ausgangspunkt steht. Ursprünglich sollte nämlich *jedes* nicht moderne Recht in den Bereich der vergleichenden Rechtswissenschaft gehören, vollkommen *unabhängig* davon, ob das betreffende Volk schon ein modernes Rechtssystem hat oder über ein solches noch nicht verfügt.

Nach der Abgrenzung des Stoffes der vergleichenden Rechtswissenschaft lassen sich die Grenzen der vergleichenden Rechtsgeschichte, die wie gesagt, in dieser Periode, d. h. in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, noch keineswegs einen autonomen Zweig der Rechtswissenschaft darstellt, feststellen. In den Bereich der vergleichenden Rechtsgeschichte gehört auf diese Weise die Vergleichung der Rechtserscheinungen bzw. Rechtsinstitute derjenigen Völker, die schon auf einem entwickelteren Niveau stehen, d.h. eine gewisse Kulturstufe erreicht haben. Verglichen mit dem Terrain der Universalrechtsgeschichte bzw. der ethnologischen Rechtsforschung oder ethnologischen Jurisprudenz ist dermaßen der Bereich der vergleichenden Rechtsgeschichte wesentlich kleiner.

10. Bei der Analyse des Verhältnisses der vergleichenden Rechtsgeschichte zum römischen Recht soll man diesen oben definierten Bereich

der vergleichenden Rechtsgeschichte als Ausgangspunkt nehmen. Bei den Vertretern der Universalrechtsgeschichte, die sich in dieser Epoche auf die ethnologischen Rechtsercheinungen aller Völker stützt, wird dem römischen Recht — als eine mögliche Vergleichsbasis — grundsätzlich keine Rolle bzw. Bedeutung beigemessen.

Die Funktion des römischen Rechts als Vergleichsbasis schrumpft auch im Bereich der vergleichenden Rechtsgeschichte zusammen. Dieser Funktionswandel ist umso auffallender, wenn man davon ausgeht, welche Rolle dem römischen Recht bei den meisten Vertretern der Historischen Rechtsschule eingeräumt wurde. Der Umstand, daß das römische Recht nicht mehr als eine Art *ius commune Europaeum* betrachtet wird, läßt sich auf die Eigenarten der vergleichenden Rechtsgeschichte bzw. der vergleichenden Rechtswissenschaft zurückführen. Schon bei den Anfangsversuchen zur theoretischen Konstruktion einer vergleichenden Rechtswissenschaft oder — wie es damals noch hieß — einer Universaljurisprudenz — wie z. B. bei Anselm Feuerbach und Anton Friedrich Justus Thibaut — läßt sich eine starke Gegenwartsorientierung beobachten.

Dieses wachsende Interesse für die gegenwartsbezogenen Probleme wird einige Jahrzehnte später durch die *législation comparée* in Frankreich und durch die ethnologischen Forschungen in Deutschland und in England erheblich verstärkt. Bernhöft betont z. B., daß zu den Aufgaben der vergleichenden Rechtswissenschaft — in deren Rahmen die vergleichende Rechtsgeschichte zu finden ist — vor allem die vergleichende Analyse der Rechtssysteme der modernen Staaten gehört.⁴⁴ Als ein Zeichen dieser Gegenwartsorientierung ist auch der Umstand zu bewerten, daß Bernhöft die Ansicht vertritt, daß in den Bereich der vergleichenden Rechtswissenschaft auch die Vergleichung der Rechtsercheinungen von denjenigen Rechtsordnungen gehört, die, d.h. die Rechtsordnungen, nebeneinander innerhalb eines Landes zur Geltung kommen.⁴⁵

11. Ein weiteres Charakteristikum der vergleichenden Rechtswissenschaft und folglich der vergleichenden Rechtsgeschichte ist ihre enge *Gebundenheit* an die Philosophie. Die Anhänger der vergleichenden Rechtswissenschaft betonen — dies bezieht sich in besonderem Masse auf Bernhöft, der in seinem richtunggebenden Artikel *Über den Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft*⁴⁶ die Zielsetzungen der „neuen“ Wissenschaft konzipiert — den zwischen der vergleichenden Rechtswissenschaft und der Philosophie bestehenden engen Zusammenhang. Bernhöft vertritt die Ansicht, daß die Aufgabe der vergleichenden Rechtswissenschaft vor allem darin besteht, die sog. Rechtsidee in den verschiedenen Rechtsordnungen zu erhellen.⁴⁷ Diese Rechtsidee läßt sich allein aufgrund der Forschungen im Bereich des römischen Rechts und des *ius commune* nicht ermitteln.⁴⁸ Eine auf den Bereich dieser beiden Rechte beschränkte Untersuchung bezeichnet Bernhöft gerade als „starre Einseitigkeit“.⁴⁹ Er hebt weiterhin hervor, daß eine vergleichende Analyse, die auf das römische Recht und das *ius commune* beschränkt bleibt, auch dadurch erschwert wird, daß deren Institute häufig voneinander nicht einmal abzugrenzen sind.

Manche, wie vor allem Felix Dahn, gehen so weit, daß sie die vergleichende Rechtswissenschaft als Grundlage der Rechtsphilosophie auffassen.⁵⁰ Felix Dahn gebührt das Verdienst, einen Zusammenhang in theoretischer Hinsicht zwischen der vergleichenden Rechtswissenschaft und der Historischen Rechtsschule festgestellt zu haben. Er betont, daß die Historische Schule die erste Richtung darstellt, deren Vertreter einen konsequenten und sogar erbitterten Kampf gegen die *aprioristischen* Konstruktionen führen. In diesem Zusammenhang ist die Rolle und Bedeutung der Historischen Rechtsschule mit der der Experimentalnaturwissenschaften zu vergleichen. Die Möglichkeit der Kreation von künstlichen Konstruktionen ist nach Erscheinen der Werke von Savigny ebenso zusammengeschrumpft, wie im Zeitalter der Experimentalnaturwissenschaften die Naturphilosophie in den Hintergrund gedrängt wird.⁵¹ Dahn ist der Meinung, daß die vergleichende Rechtsgeschichte, die bei ihm mit dem Begriff der vergleichenden Rechtswissenschaft gleichbedeutend ist die „unerläßliche Voraussetzung aller Rechtsphilosophie“ bildet.⁵²

Da aber nach Dahn die Rechtsercheinungen aller Völker untersucht werden müssen, vertritt er im wesentlichen die Konzeption der Universalrechtsgeschichte.⁵³ Diese Feststellung bedarf insofern einer Korrektur, daß bei Dahn gewissen Rechten – wie dem römischen Recht, dem altgriechischen Recht und dem germanischen Recht – eine primäre Bedeutung zuerkannt wird. Um zu vermeiden, daß die Rechtsphilosophie bloß eine „Phrasensammlung“ darstelle, sind die Untersuchungen vergleichender Art auf breiter Basis durchzuführen. Die Rechtsphilosophie soll auf den Ergebnissen der rechtsvergleichenden Untersuchungen, die sich auf die historische Methode gründen, beruhen. Bei einer derartigen Einstellung ist es selbstverständlich, daß bei ihm ausdrücklich von der Notwendigkeit des „Aufbau(s) der rechtsphilosophischen Konstruktion auf Grund der vergleichenden Rechtsgeschichte“ die Rede ist.⁵⁴ Dieser Auffassung zufolge sollte also die vergleichende Rechtsgeschichte d. h. die vergleichende Rechtswissenschaft die „Empirie“ zur Rechtsphilosophie liefern, wobei dem römischen Recht nicht mehr eine ausschlaggebende Rolle beigemessen wird.

12. Die historische Veranlagung der Vertreter der vergleichenden Rechtswissenschaft ergibt sich eigentlich aus der Erkennung, daß sich die Rechtsordnungen im wesentlichen nur relativ langsam entwickeln. Angesichts dieses Umstandes drängt sich der Anspruch auf die Anwendung der sog. historischen Methode im Bereich der rechtsvergleichenden Forschungen auf. Daraus erklärt es sich, daß die vergleichende Rechtsgeschichte auch weiterhin von Belang ist, obwohl ihren autonomen Charakter einbüßt. Im Rahmen der vergleichenden Rechtsgeschichte⁵⁵ spielt aber das römische Recht nicht mehr diejenige *primäre* Rolle, die ihm früher zuerkannt wurde.

Bezüglich der Berücksichtigung des römischen Rechts kann aber keineswegs von einer Zurückdrängung absoluter Art die Rede sein. Das römische Recht wird sogar in einigen Werken der Vertreter der ethno-

logischen Rechtsforschung — dies ist der Fall z. B. bei Maine, der das keltische Recht mit dem römischen vergleicht⁵⁶ — in Betracht gezogen. Beachtung verdient in diesem Bereich die *Art* der Heranziehung des römischen Rechts. Die paradigmatische Bedeutung des römischen Rechts beschränkt sich bei den Anhängern der ethnologischen Jurisprudenz auf das Terrain der Analyse von konkreten Rechtsinstituten bzw. Rechtsercheinungen. Sollte das Charakteristikum der ganzen Rechtsordnung einer Völkergruppe untersucht werden, wird dem römischen Recht schon keine Beachtung beigemessen.

Der Analyse des römischen Rechts kommt in den Werken der Vertreter der vergleichenden Rechtswissenschaft fast ausschließlich im Rahmen der sog. Detailforschung⁵⁷ eine Rolle zu. Bernhöft z. B. behandelt auf ganz eingehende Weise das römische Recht, wohl auf einer bestimmten Phase seiner Entwicklung. In seinem Werk *Staat und Recht der römischen Königszeit im Verhältnis zu verwandten Rechten*⁵⁸ wird dem römischen — selbstverständlich dem archaischen — eine ganz zentrale Rolle, die sich sonst natürlich aus dem zu erforschenden Thema selbst ergibt, zuerkannt. In diesem Buch wird ein Zusammenhang zwischen der vermeintlichen indogermanischen Auffassung und den verschiedenen Formen der römischen Staatsverfassung festgestellt, wodurch diese Schrift einen ausgesprochenen, der damaligen Forschungsperiode angemessenen rechtsgeschichtlich-rechtsvergleichenden Charakter gewinnt.

Mit Rücksicht auf die Bedeutung des römischen Rechts, das in diesem Buch von Bernhöft hat, unterscheidet sich kaum dieses Werk von dem oben schon erwähnten Buch von Rossbach (*Untersuchungen über die römische Ehe*)⁵⁹, in dem das römische Recht noch zur primären Bedeutung kommt. Bernhöft zieht auch in seinen später veröffentlichten Arbeiten das römische Recht heran, sodaß dessen Berücksichtigung bei ihm nicht nur eine Einzelercheinung bleibt.⁶⁰ Er nimmt Stellung auch zur Frage, auf welche Weise die primitiven Rechte, die nur mit allergrößter Schwierigkeit zu rekonstruieren sind, einen Aussagewert haben könnten.⁶¹ Er vertritt die Ansicht, daß bei der Rekonstruktion dieser Rechte dem römischen Recht eine große Rolle beizumessen ist. Bernhöft weist weiterhin auch darauf hin, daß in manchen Bereichen, wie z. B. bei der Analyse des indischen Rechts, das Heranziehen des römischen Rechts nur zur *Betonung* der Unterschiede dienen kann.⁶²

13. Bezeichnend ist weiterhin für die widerspruchsvolle Beurteilung des römischen Rechts in seiner Eigenschaft als Vergleichsbasis, daß dies manchmal von den Vertretern der vergleichenden Rechtswissenschaft sogar als *negatives* Beispiel erwähnt wird. In diesem Zusammenhang verdient ein Zitat von demselben Bernhöft, das in einem kleinen, das gortynische Gesetz behandelnden Artikel zu finden ist, Beachtung. Bernhöft ist der Meinung, daß „... das Familienrecht von Gortyn schon vor den 12 Tafeln einen moderneren Charakter trägt als das justinianische Recht“.⁶³ Diese ziemlich *übertriebene* Feststellung beruht aber keineswegs auf gründlichen Forschungen, sodaß diese vielmehr als eine willkürliche Ansicht anzusehen ist.

Das Heranziehen des römischen Rechts als Vergleichsbasis hat schon deswegen Rechtfertigung, weil darin auch Elemente von *fremden* Rechten zu finden sind. In dieser Hinsicht kommen vor allem das altgriechische Recht und einige orientalische Rechte in Betracht, wie darauf Kohler verweist.⁶⁴ Auf diese Weise trägt das Heranziehen des römischen Rechts einen objektiven Charakter und läßt sich nicht bloß auf die subjektive Einstellung des Forschers zurückführen. Dieser Rechtfertigungsgrund findet sich schon auch bei Bernhöft,⁶⁵ der auch betont, daß das römische Recht mit Elementen, die aus anderen Rechtsordnungen entlehnt sind – bei ihm kommt diesbezüglich auch das altgriechische Recht in Betracht – verwoben ist.

Man kann also auch im Bereich des römischen Rechts von einer Art *Rezeption* sprechen, das letzten Endes einige Jahrhunderte später die Grundlage für die Rezeption der Institute des römischen Rechts im Abendland bildet. Dem römischen Recht kommt weiterhin deswegen im Rahmen der vergleichenden Rechtsgeschichte bzw. der vergleichenden Rechtswissenschaft eine Bedeutung zu, weil die Forschungen diesen neuen Zweiges der Rechtswissenschaft auf schon „verwertheten Material“ (Kohler)⁶⁶ zu beruhen brauchen. Dieses „verwerthete Material“ wird wohl eben durch die Sätze des römischen Rechts geliefert, sodaß in diesem Bereich diesem Recht eine *wichtige* Rolle zuerkannt wird.

14. Aus den obigen Feststellungen geht eindeutig hervor, daß dem römischen Recht bei den rechtsvergleichend-rechtsgeschichtlichen Forschungen schon in der „Gründungsperiode“ der vergleichenden Rechtswissenschaft Bedeutung beigemessen wird. Daran ändert wohl auch der Umstand nicht viel, daß diese Bedeutung sich im allgemeinen auf das Terrain der Analyse von bestimmten Rechtserscheinungen bzw. Rechtseinstituten beschränkt.

In den Fällen, wobei Rechtsordnungen bzw. Rechtssysteme generell miteinander verglichen werden, ist diese Rolle entweder wesentlich geringer oder kommt überhaupt nicht in Betracht. Dies wirkt sich negativ auf das Niveau von Forschungen genereller Natur aus. Kohler⁶⁷ z. B. verübt an Post scharfe Kritik deswegen, weil dieser Vertreter der ethnologischen Jurisprudenz in seinen Schriften an Untersuchungen zu allgemeiner Art orientiert ist und dabei die Detailforschungen vernachlässigt werden. Für die Werke von Post⁶⁸ ist kennzeichnend, daß in diesen das römische Recht kaum oder überhaupt nicht zur Bedeutung kommt. Aus der Nicht-Rücksichtnahme auf die Bedeutung des römischen Rechts ergibt sich, daß auch für die Schriften von Bastian⁶⁹ eine Art „*embarras de richesse*“ charakteristisch ist. Die Werke von Bastian durchzieht folglich *keine einheitliche* Konzeption.

15. Von der einfachen Rücksichtnahme auf das römische Recht ist derjenige Bereich abzutrennen, in dem dem römischen Recht auch eine *Gradmesserfunktion* beigeräumt wird. Diese sog. Gradmesserfunktion des römischen Rechts kommt in einem wesentlich *beschränkteren* Bereich zur Geltung. Dies ergibt sich wohl daraus, daß diese Gradmesserfunktion in meisten Fällen nur in denjenigen Bereichen zur Geltung kommen kann,

wo die Rechtserscheinungen schon einen Grad d.h. ein gewisses Niveau erreicht haben. Als ein derartiger Bereich ist vor allem das Obligationenrecht anzusehen.

In terminologischer Hinsicht wird dem römischen Recht eine noch grössere Bedeutung beigemessen. Friedrich⁷⁰ stellt z. B. ausdrücklich fest, daß bezüglich der Terminologie auf dem Gebiet der vergleichenden Rechtswissenschaft die allergrösste *Unsicherheit* herrscht. Es ist auf diese Weise nicht dem Zufall zuzuschreiben, daß auch Bernhöft die Begriffe des römischen Rechts bei der Analyse der verschiedenen antiken Rechte verwendet. Die römischrechtliche Terminologie ist in vielen Fällen einfach *unentbehrlich* im Rahmen der auf die antiken Rechte abgestellten Forschungen. Hitzig z. B. weist in einer seiner Schriften darauf hin,⁷¹ daß dem griechischen Recht der Begriff der abstrakten Rechtsnorm unbekannt ist. Indirekt ergibt sich daraus die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Terminologie des römischen Rechts im Bereich der rechtsgeschichtlich-rechtsvergleichenden Forschungen.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß es Rechtsgebiete bzw. Rechtserscheinungen oder Rechtsinstitute gibt, wo die Durchführung rechtsgeschichtlich-rechtsvergleichender Forschungen ohne Berücksichtigung des römischen Rechts bzw. ohne Anwendung seiner Terminologie entweder überhaupt nicht oder mit den größten Schwierigkeiten möglich ist. Die Richtigkeit dieser These läßt sich am Beispiel des Buches von Post — *Über die Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft* —, in dem zum ersten Male die Ergebnisse der vergleichenden Rechtswissenschaft dargelegt werden, gut veranschaulichen. Der Verfasser, der die Sätze des römischen Rechts fast *nie* zum Maßstab nimmt, erwähnt die Sphäre des Handels-bzw. Wirtschaftsbereichs nicht unter den sog. „Parallelererscheinungen“, wo selbstverständlich dem Gedankengut des römischen Rechts eine große Rolle zukäme.

16. Zum Bereich des Verhältnisses der vergleichenden Rechtsgeschichte zum römischen Recht gehört auch die Frage, inwieweit diese rechtsgeschichtlich-rechtsvergleichende Betrachtungsweise für die Forschungen auf dem Gebiet des römischen Rechts in der erwähnten Periode von Belang war.

Ohne auf Einzelheiten oder auf eine eingehende Analyse dieses Problems eingehen zu wollen, sei bloß auf zwei Forschungsgebiete — im Bereich der *Zeitschrift der vergleichenden Rechtswissenschaft* — hingewiesen, wo die vergleichende Untersuchung in den ersten Jahren unseres Jahrhunderts im Rahmen der römischrechtlichen Forschungen zum Vorschein kamen. Erdmann⁷² stellt am Anfang unseres Jahrhunderts aufgrund seiner rechtsvergleichenden Studien bzw. Untersuchungen fest, daß im römischen Recht ursprünglich ausschließlich die gesetzliche Erbfolge d.h. Intestaerbfolge maßgeblich war und die testamentarische Erbfolge erst viel *später* ermöglicht wurde. Zu dieser Schlußfolgerung kommt er durch das Heranziehen der griechischen Quellen, die ihm bei der Analyse der Entwicklung der Testierfreiheit im römischen Recht als gute *Vergleichsbasis* dienen. Die vergleichende Betrachtungsweise spielt auch bei Fritz Schulz eine

Rolle, als er bei seinen auf die Zufallshaftung bezogenen Forschungen nicht bloß die römischrechtlichen Quellen berücksichtigt.⁷³ Die Rücksichtnahme auf die nicht römischrechtlichen Quellen versucht er damit zu rechtfertigen, daß die Auslegung der interpolierten Digestenstellen nicht weniger problematisch sei, als einige „Regionen“ der vergleichenden Rechtswissenschaft.⁷⁴

17. Als Zusammenfassung kann man feststellen, daß es im Bereich der vergleichenden Rechtsgeschichte im Hinblick auf die Rolle und Bedeutung des römischen Rechts unterschiedliche Meinungen gab. Dies ergibt sich vor allem daraus, daß für die Forschungen im Laufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts *keine einheitliche Konzeption* kennzeichnend ist. Diese Verschiedenheit bezüglich der Konzeption wirkte sich auch auf die *Methode und Mittel* der rechtshistorisch-rechtsvergleichenden Arbeit aus. Die „Rechtsvergleicher“ dieser Periode, die voneinander verschiedene Wege in ihren Forschungen einschlugen, schätzen auch die Bedeutung des römischen Rechts unterschiedlich. Zu dieser unterschiedlichen Einschätzung der Rolle der Ideenwelt und der Terminologie des römischen Rechts trägt auch der Umstand bei, daß trotz einigen Versuchen, die präzise Ausarbeitung der theoretischen Grundlagen dieses neuen Zweiges der Rechtswissenschaft unterbleibt.

Im allgemeinen kommt aber auch bei den Vertretern der vergleichenden Rechtsgeschichte dem römischen Recht eine bestimmte, wenn auch durch unterschiedliche Konzeption geprägte Rolle zu. Diese Vorzugstellung des römischen Rechts beschränkt sich generell einerseits auf den Bereich der *Terminologie* und andererseits auf das Terrain der Analyse von *konkreten Rechtserscheinungen* bzw. *Rechtsinstituten*. Die vergleichende Rechtswissenschaft, die selbst sich als *l'héritière du droit romain médiéval*⁷⁵ betrachtet, kann wohl aus objektiven Gründen nicht auf das Gedankengut des römischen Rechts verzichten.⁷⁶ Der Verzicht auf die bedingungslose Rücksichtnahme auf das römische Recht trifft nur insoweit zu, daß bei den Vertretern der aufblühenden vergleichenden Rechtswissenschaft – im kraßen Gegensatz zur Historischen Rechtsschule – dem römischen Recht keine Funktion mehr als allgemein anerkannter Gradmesser oder als Maßstab eingeräumt wird. In diesem Zusammenhang kann aber als Parallele das großangelegte Werk von Ludwig Mitteis – *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* – das in derselben Periode entstanden ist, herangezogen werden. Wie die Rechtsvergleichung im allgemeinen „ein Kompass und Maßstab der rechtsgeschichtlichen Forschung“⁷⁷ ist, so dient auch das römische Recht zum unschätzbaren Verständigungsmittel im Bereich der rechtshistorisch-rechtsvergleichenden Forschungen, ungeachtet dessen, dass ihm keine Rolle als eine Art *ius commune Europaeum* mehr zukommt.

FUSSNOTEN

¹ Zutreffend schreibt in diesem Zusammenhang Bekker: „Daß die Frage nach der Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland eine rechtsgeschichtliche ist, bezweifelt Niemand; aber woher die Römer ihr Recht geschöpft, das gilt vielen als Stück der Rechtsvergleichung.“ (Bekker, E. I., Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft, SZ (Rom. Abt.) 6(1885) 78.

² S. wiederum die zutreffenden Bemerkungen dazu von Bekker. Bekker, a.a.O. 90.

³ Vgl. hierzu vor allem Wieacker, Fr., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*² 1967, 88 ff. und Volterra, E., *Diritto romano e diritti orientali* 1937, 3 ff. passim. Einer eingehenden Analyse unterzieht der Verfasser dieser Abhandlung die rechtsvergleichenden Tendenzen in der europäischen Rechtswissenschaft. S. Hamza, G., *Jogösszehasonlítás és antikvitás* (Rechtsvergleichung und Antike), 1985, 35 ff.

⁴ S. Wieacker, a.a.O. 167.

⁵ Anschaulich charakterisiert diese kritische Einstellung von Hotman dem römischen Recht gegenüber Riccobono: „... condamne (sc. Hotman) toute la direction de l'enseignement et la substance même du droit romain pour ce motif que ce droit, étant tout imprégné de notions et de doctrines archaïques serait tout à fait étranger au monde contemporain“. Riccobono, S., *Le droit romain dans les oeuvres de ses interprètes in: Introduction à l'Étude du Droit Comparé, Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert* I Paris, 1938, 240. Vgl. noch Hamza, a.a.O. 39.

⁶ S. Wieacker, a.a.O. 206.

⁷ S. zusammenfassend Volterra, a.a.O. 10 ff.

⁸ Zitiert wird diese Schrift von Volterra. S. Volterra, a.a.O. S. 21. Fn. 1. Beachtung verdient in diesem Aspekt der Umstand, daß Heineccius auch in seinen anderen Werken — wie z. B. in seinem in mehreren Auflagen veröffentlichten Lehrbuch „*Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*“ — auf die griechischen Quellen Bezug nimmt.

⁹ Vgl. Volterra, E., *Les rapports entre le Droit romain et les Droits de l'Antiquité*, RIDA 2(1955) 139.

¹⁰ Bezüglich der Daten seines Lebens bzw. seiner Universitätslaufbahn s. seine zweibändige Selbstbiographie: Pütter, J. S., *Selbstbiographie zur dankbaren Jubelfeier seiner 50 jährigen Professorstelle zu Göttingen*, I—II Bd. Göttingen 1798.

¹¹ In Bezug auf das wissenschaftliche Oeuvre von J. S. Pütter s. Stintzing-Landsberg, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft* 3 Abt. 1 Hbd. (Text) München—Leipzig 1898, unver. Nachdruck Aalen 1957, 331 ff. und Marx, H., *Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde* Diss. Göttingen 1967, 4 ff. passim.

¹² J. S. Pütter vertritt die Ansicht, daß das deutsche *ius commune* mit dem römischen Recht vollkommen gleichwertig ist, sodaß dies über autonome Existenzberechtigung verfügt. S. diesbezüglich Pütter, *Beyträge* II Bd. bes. 39 ff., 58 ff. und 68 ff.

¹³ Die vergleichende Betrachtungsweise bildet dann die Grundlage für zukünftige Gesetzgebung. S. die Feststellung von Wieacker, die sich auf die Göttinger Zeitgenossen (Hugo, Pütter und Runde) bezieht: „Was in Zukunft zu geschehen habe, solle man lieber aus geschichtlicher und vergleichender Betrachtung ableiten“. Wieacker, a.a.O. 380.

¹⁴ A. Fr. Schott bekennt sich ohne Gedanken zu den Lehren von J. S. Pütter, wie er darauf selbst im Vorwort von seinem „Entwurf“ hinweist. S. Schott, *Entwurf*⁶ (hrsg. von Rees, J. Fr.) Leipzig 1794, 7. Die erste Auflage dieses Werkes wurde im Jahre 1772 veröffentlicht.

¹⁵ Interessant und beachtenswert sind die Äusserungen von Schott über die Relevanz des sog. „mosaischen“ Rechts, das bei ihm den festen Bestandteil des „Göttlichen Positivrechts“ bildet. Da die sog. mosaischen Ehegesetze auch unter den Christlichen relevant sind, wird sich auch deren Untersuchung rechtfertigen. S. Schott, *Entwurf* 25 f. Er ist weiterhin der Meinung, daß die deutsche Rechtsentwicklung auch durch die europäischen Rechte — hier kommen vor allem das italienische, englische, holländische, schwedische und dänische Rechte in Betracht — im Bereich von bestimmten Rechtsinstituten beeinflusst wurde. S. Schott, *Entwurf* 204. Auch diese Feststellung kann zur Rechtfertigung der rechtsvergleichenden Forschungen dienen.

¹⁶ Diese Einstellung ergibt sich vor allem daraus, daß Savigny die Konzeption der „Wiederherstellung der Idee eines *ius commune Europaeum*“ (Wieacker) vertritt, wobei dem

römischen Recht die ausschlaggebende Rolle zukommt. S. Wieacker, Fr., Friedrich Carl von Savigny, SZ (Rom. Abt.) 72(1955) 36.

¹⁷ S. Del Vecchio, G., Die Idee einer vergleichenden universalen Rechtswissenschaft (Der Titel der italienischen Originalfassung: Sull' Idea die una Scienza del Diritto Universale), Berlin – Leipzig 1914, 6.

¹⁸ Vgl. Schwarz, A. B., Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium in: Festausgabe der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum Schweizerischen Juristentag 1928, Zürich 1928 12 ff. und in: Rechtsgeschichte und Gegenwart (Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung von A. B. Schwarz) hrsg. von H. Thieme und Fr. Wieacker, Karlsruhe 1960, 100 ff.

¹⁹ Vgl. Koschaker, P., Europa und das römische Recht², München – Berlin 1953, 253 f. und Wolf, E., Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte⁴, Tübingen 1963, 484. Bezüglich der theoretischen Wurzeln der Konzeption von Gustav von Hugo s. zusammenfassend Stintzing-Landsberg, a.a.O. 40 ff. Der Gründer der Historischen Rechtsschule versucht das „neue Naturrecht“ auf nicht künstlich ersonnenen deduktiven Grundlagen, sondern vielmehr auf Vergleichung aller positiven Rechte aufzubauen.

²⁰ Der Fundort dieser Antrittsrede ist: Feuerbach, A., Kleine Schriften, Nürnberg 1833.

²¹ S. in: Anselm von Feuerbachs Biographischer Nachlass Bd. II hrsg. von Ludwig von Feuerbach, 1853, 378 ff.

²² Wohl mit Recht betrachtet Gustav Radbruch Anselm Feuerbach als „*précurseur du droit comparé*“. S. Radbruch Anselme Feuerbach *précurseur du droit comparé* in: Introduction à l'Études du Droit Comparé, Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert I Paris, 1938, 291 ff.

²³ Der Text dieser Schrift ist neulich wieder veröffentlicht worden in: Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, Einleitung von H. Hattenhauer, München 1973. Man muß aber bei der Bewertung dieser Schrift auch darauf Rücksicht nehmen, daß diese einen übermäßig großen polemischen Charakter hat. Eben deswegen scheinen seine Äußerungen etwas zugespitzt zu sein. Vgl. diesbezüglich Manigk, A., Savigny und der Modernismus im Recht, Berlin 1914, 31.

²⁴ S. noch Bucci, O., La pretesa unità religiosa e giuridica dei popoli cosiddetti indoeuropei a proposito di una recente pubblicazione, Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche 13(1969) 348 f.

²⁵ S. Bucci, a.a.O. 348 f.

²⁶ Bezüglich der Bewertung seines wissenschaftlichen Oeuvre s. zusammenfassend Stintzing-Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft 3 Abt. 2 Hbd. (Text) München – Leipzig 1910, unver. Nachdruck Aalen 1957, 648 f.

²⁷ Die Hegelschen Ideen finden auch in seinem völkerrechtlichen Werk „Beiträge zur Völkerrechtsgeschichte und Wissenschaft“ (Leipzig 1843) Niederschlag. S. Stintzing – Landsberg, a.a.O. 649.

²⁸ S. Pütter, Der Inbegriff XI.

²⁹ S. Pütter, Der Inbegriff X.

³⁰ S. Pütter, Der Inbegriff XIII.

³¹ S. Bekker, a.a.O. 90.

³² S. Kohler, J., Nachruf an J. J. Bachofen, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (künftig ZvgRwiss) 8(1899) 148. Nach Gutteridge wird hingegen der Internationale Kongress für Rechtsvergleichung von 1900 als „Geburtsstunde“ dieser neuen Wissenschaft betrachtet. S. Gutteridge, H. C., Le droit comparé, Paris 1953, 38.

³³ In diesem, in Stuttgart veröffentlichten Werk unterzieht der Verfasser außer den römischrechtlichen Quellen auch die Quellen des altgriechischen und des indischen Rechts einer Analyse.

³⁴ S. vor allem den mehrere Abhandlungen zusammenfassenden Sammelband von McLennan: Studies in Ancient History, comprising a reprint of Primitive Marriage and inquiry into the origin of the form of capture in marriage ceremonies, London 1876.

³⁵ S. sein Werk: Les origines de la famille. Questions sur les antécédents des sociétés patriarcales, Genève – Paris 1874.

³⁶ S. Post, A. H., Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft, Oldenburg 1876, ders., Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens. Ein Beitrag zu einer allgemeinen Staats- und Rechtsgeschichte, Oldenburg 1878,

ders., Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis, Oldenburg 1880, ders., Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte Leitgedanken für den Aufbau einer allgemeinen Rechtswissenschaft auf soziologischer Basis, Oldenburg 1884.

³⁷ S. die grundlegenden Werke von Bastian: Der Völkergedanke im Aufbau einer Wissenschaft von Menschen und seine Begründung auf ethnologische Sammlungen, Berlin 1881. und Allgemeine Grundzüge der Ethnologie. Prolegomena zur Begründung einer naturwissenschaftlichen Psychologie auf dem Material des Völkergedankens, Berlin 1884.

³⁸ Vgl. vor allem diesbezüglich sein oben in Fn. 36 schon zitiertes zweibändiges Buch „Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis“

³⁹ Deswegen werden bei Post bloß die allgemeinen Zusammenhänge der Rechtserscheinungen von den verschiedenen Völkern untersucht. S. in diesem Aspekt vor allem sein in Fn. 36 ebenso zitiertes Werk „Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte. Leitgedanken für den Aufbau einer allgemeinen Rechtswissenschaft auf soziologischer Basis“.

⁴⁰ S. Kohler, J., Post. Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte. 1884. (rez.), ZvglRwiss 7(1887) 460 f. und ders., Leopold Wenger: Allgemeine Rechtsgeschichte (Rez.), ZvglRwiss 40(1923) 378.

⁴¹ S. diesbezüglich zusammenfassend und bewertend Adam, L., In memoriam Josef Kohler, ZvglRwiss 38 (1920) 10 f.

⁴² S. Adam, a.a.O. 10 f.

⁴³ S. Kohler, J., Holtzendorf-Kohler, Enzyklopedie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, Verlag Duncker & Humblot, München-Leipzig und J. Guttentag, Berlin 1913/14, ZvglRwiss 33(1916) 463 ff. In dieser Schrift reflektiert Kohler auf die kritischen Bemerkungen von Manigk, die in *Juristisches Literaturblatt* (Bd. 27 121 f.) veröffentlicht wurden. Die Heftigkeit der Polemik sei durch ein kurzes, dieser Schrift entnommenes Zitat veranschaulicht: „Wenn Manigk als ein Lobredner Savignys den Ausspruch desselben über die Universalrechtsgeschichte wiedergibt, daß nämlich nicht alle Völker gleich bedeutsam seien und daß die Wissenschaft nicht vom Dilettantismus herabsinken dürfe, so möchte ich bemerken, daß man solche minderwertige Redetübung des weit über Gebühr geschätzten Savigny einfach der Vergessenheit überantworten sollte. Savigny verstand von römischem Recht vieles, von sonstigem Rechte nichts.“

⁴⁴ S. Bernhöft, Fr., Über die Grundlagen der Rechtsentwicklung bei den indogermanischen Völkern, ZvglRwiss 261879/354 f.

⁴⁵ S. Bernhöft, Über die Grundlagen 254 f.

⁴⁶ Dieser Artikel ist im ersten Jahrgang d. h. im Jahre 1878, der *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* veröffentlicht worden.

⁴⁷ S. bes. Bernhöft, über den Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft 4 ff und 36 ff.

⁴⁸ S. Bernhöft, Über den Zweck und Mittel 2 ff.

⁴⁹ S. Bernhöft, Über den Zweck und Mittel 1 ff.

⁵⁰ S. seinen bedeutenden, sogar richtunggebenden Artikel: Vom Wesen und Werden des Rechts, ZvglRwiss 2(1879) 1 ff.

⁵¹ S. Dahn, a.a.O. 6.

⁵² S. Dahn, a.a.O. 8.

⁵³ S. Dahn, a.a.O. 9.

⁵⁴ S. Dahn, a.a.O. 5.

⁵⁵ In diesem Zusammenhang sein nochmals darauf verwiesen, daß der Bereich der vergleichenden Rechtsgeschichte wesentlich kleiner, beschränkter ist, als der der Universalrechtsgeschichte, wobei dem römischen Recht kaum noch etwas Bedeutung zukommt. S. Schmitt, M., Die Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für die Ethnologie, ZvglRwiss 37(1920) 351 ff.

⁵⁶ S. Maine, H. S., Lectures on the Early History of Institutions, London 1874.

⁵⁷ Auf die Wichtigkeit der sog. Detailforschungen hat Kohler schon in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts hingewiesen. Zutreffend formuliert er in seiner Rezension über das Buch von Post: „Heutzutage wo wir schon die Schmerzen der Geburt [sc. der vergleichenden Rechtswissenschaft (G. H.)] überwunden haben, ist es unsere Hauptaufgabe auf diesem Gebiete in das Detail einzudringen und durch eine Reihe von Detailarbeiten des Rechtsleben

aller Urvölker und Kulturvölker zu durchforschen.“ Kohler, Post. Die Grundlagen des Rechts (Rez.) 460.

⁵⁸ Stuttgart 1882.

⁵⁹ S. Fn. 33.

⁶⁰ S. Bernhöft, Fr., Die Verbuchung der dinglichen Rechte an Grundstücken im griechischen Rechte, ZvglRwiss 21 (1908) 142 ff. und ZvglRwiss 26 (1912) 145 ff.

⁶¹ S. Bernhöft, Über die Grundlagen 327.

⁶² S. Bernhöft, Über die Grundlagen 267.

⁶³ S. Bernhöft, Fr., Das Gesetz von Gortyn, VvglRwiss 6(1886) 283.

⁶⁴ S. Kohler, J., Rechtsgeschichte und Weltanschauung, ZvglRwiss 5(1885) 321 ff.

⁶⁵ S. Bernhöft, Über den Zweck und Mittel 28 ff.

⁶⁶ S. Kohler, Rechtsgeschichte und Weltanschauung 321.

⁶⁷ S. die in Fn. 57 zitierten Äußerungen von Kohler über die Tragweite der sog. Detailforschungen.

⁶⁸ Vgl. In diesem Zusammenhang vor allem sein Werk „Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft“.

⁶⁹ Eine gute zusammenfassende zeitgenössische Bewertung der Bastianschen Konzeption findet sich bei Kohler. Kohler, J., Bastian. Der Völkergedanke im Aufbau einer Wissenschaft vom Menschen und seine Begründung auf ethnologische Sammlungen, Berlin 1881. (Rez.) ZvglRwiss 4(1884) 277 ff.

⁷⁰ S. Friedrich, K., Einzeluntersuchungen zur vergleichenden Rechtswissenschaft, ZvglRwiss 10 (1892) 189.

⁷¹ S. Hitzig, H. F., Die Bedeutung des altgriechischen Rechts für die vergleichende Rechtswissenschaft, ZvglRwiss 19 (1906) 1 ff.

⁷² S. Erdmann, W., Die Entwicklung der Testierfreiheit im römischen Recht, ZvglRwiss 22 (1909) 1 ff.

⁷³ S. Schulz, Fr., Rechtsvergleichende Forschungen über die Zufallshaftung in Vertragsverhältnissen I., ZvglRwiss 25 (1911) 460 ff.

⁷⁴ S. Schulz, a.a.O. 463.

⁷⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang den Ausspruch von Édouard Lambert in Acta Academiae universalis iurisprudentiae comparativae Bd. II (1934) 600.

⁷⁶ Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob im Falle des Heranziehens der Sätze des römischen Rechts von einer historischen oder einer dogmatischen Rechtsvergleichung zu sprechen ist. Da die zwei Verfahrensarten sich voneinander nicht trennen lassen, erübrigt sich eine derartige Fragestellung. Zutreffend stellt Erich Genzmer fest: „In dieser Form ist die Fragestellung müßig, weil unproduktiv. Hier sei die Bemerkung gestattet, daß etwas, was vordem dogmatische Rechtsvergleichung war, nicht durch den bloßen Umstand zur historischen Rechtsvergleichung wird, daß das eine der verglichenen Rechtssysteme außer Kraft gesetzt wird. . . Man kann auch nicht so abgrenzen, daß man zur législation comparée ein Verfahren rechnet, bei dem die verglichenen Rechte dogmatisch-systematisch betrachtet werden, und zur histoire comparée du droit die historisch-genetische Betrachtung der verglichenen Rechte.“ Genzmer, E., Zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 41 (1954/55) 332.

⁷⁷ S. Weiss, E., Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte und bürgerliches Recht, in: Festschrift Maurovic, Beograd 1934, 2.

SOME ASPECTS OF THE RELATION OF THE COMPARATIVE LEGAL HISTORY TO ROMAN LAW

by

Professor DR. GÁBOR HAMZA

(Summary)

The author deals in this paper with the relation of the comparative legal history i.e. legal comparison to Roman law in the so called flourishing period of the legal comparison i. e. in the second half of the last century.

In the study are dealt with methodological, terminological as well as ideological questions in the sphere of the investigations of legal comparison at the basis of Roman law. In a detailed manner are analysed the works of Bastian, Kohler, Post etc. These above mentioned works are characterised by different terminological as well as methodological views.

The author emphasizes in the last part of his paper the terminological uncertainty which prevails in the terrain of the ethnological jurisprudence and in the legal investigations at the basis of ethnology.

QUELQUES ASPECTS DES RAPPORTS DE L'HISTOIRE JURIDIQUE COMPARÉE AVEC LE DROIT ROMAIN

par

Professeur DR. GÁBOR HAMZA

(Résumé)

L'auteur de cette étude s'occupe des rapport de l'histoire juridique comparée ou en d'autres termes de comparaison juridique avec le droit romain dans la soi disant période fleurissante de droit comparé c.-a.-d. dans la deuxième moitié du siècle passé.

Dans l'étude sont analysées des questions de caractère méthodologique, terminologique et idéologique de la comparaison juridique à la base de droit romain. A la manière détaillée sont prises en considérations les ouvrages de Bastian, Kohler, Post etc. Ces ouvrages sont caractérisés sans doute par des diverses prises de position terminologique et méthodologique.

L'auteur souligne dans la dernière partie de son article l'incertitude terminologique prévalant au domaine de la jurisprudence ethnologique aussi bien qu'à la sphère des investigations juridiques à la base de l'ethnologie.